

tal manera que realmente se produzca ese efecto. El orden extenso suple la ignorancia humana de un modo que no pueden hacer por sí solas las buenas intenciones y así hace que nuestros esfuerzos sean altruistas en sus efectos" (p.81).

La razón para no aceptar el control de la economía por parte del gobernante es la de la imposibilidad de que éste posea la información necesaria para alcanzar la solución más eficaz. No es pensable que un hombre pueda disponer de todos esos datos, por lo que es preferible dejar que sea el mercado quien actúe, dada la complejidad de su funcionamiento. El mercado, o más bien "los movimientos monetarios y la estructura del crédito han sido, junto con el lenguaje y la moral, uno de los órdenes espontáneos más resistentes a los esfuerzos por darles una adecuada explicación teorica" (p.102). Históricamente, el Estado ha asumido funciones para las que no se hallaba capacitado como consecuencia de esa presunción de conocimiento que da título al libro. Esto ha provocado que ordinariamente su gestión haya sido ineficaz.

Como culminación de toda una vida de investigación, no parece que ésta sea la mejor obra de su autor, aunque sí se trata de una buena síntesis. De ágil lectura y manejo, sin engorrosas citas aunque no carente de la erudición que caracteriza al autor, dotada de una amplísima bibliografía, creemos que su estudio resultará realmente útil a cualquiera que desee introducirse en el pensamiento liberal.

*Caridad Velarde*

FRANCESCO D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, G. Giappichelli editore, "Recta Ratio", Torino, 1989, 163 págs.

Haciendo frente a la general desmotivación de los teóricos del Derecho por el tema de la sanción jurídica y observando la profunda conexión práctica entre Derecho y sanción, el autor se ha embarcado en la difícil tarea de clarificar ciertos aspectos nucleares de las relaciones entre ambas realidades.

Según d'Agostino, teorizar sobre la sanción presupone una concepción específica del hombre, una *antropología mínima*, porque el tema de la sanción reenvía al de la libertad y al de la responsabilidad: sólo son sancionables las acciones libres adscribibles a sujetos responsables y enmarcables en un orden

social (coexistencialidad). La adecuación de la acción humana al orden social establecido por el sistema jurídico *puede* originar una *sanción positiva* (un bien o consecuencia agradable), mientras que la conducta que no se conforma con aquel orden *debe* llevar aparejada una *sanción negativa* (un mal). La acción que infringe la coexistencialidad introduce un elemento perturbador en la armonía del sistema. La sanción negativa interviene para corregir tal desimetría, reconstruir el orden violado y hacer posible la ulterior subsistencia del orden coexistencial. Tal intervención puede producirse de hecho o no, pero es impensable un sistema social que renuncie programáticamente a sancionar toda violación del principio de coexistencialidad, porque ello supondría su autodisolución. Mientras el ilícito hace impracticable la coexistencia, el acto meritorio, aun facilitándola, no incide sobre su estabilidad. De aquí se concluye, según el autor, que la sanción positiva ni es debida ni es irrenunciable, mientras que la sanción negativa, por ser debida, es, en principio, irrenunciable.

La sanción es superación y no negación de la venganza (que no es mero instinto de autodefensa sino realización subjetiva del derecho) porque la libera de su aspecto subjetivo, conservando su inicial apelación al derecho. Es el Estado quien tiene en sus manos el poder sancionador y el encargo de restablecer *objetivamente* la simetría alterada por el ilícito, que es lo que, para el jurista, debe caracterizar a la sanción no tanto para su propia autodefensa, sino para garantizar la coexistencia.

Ni el funcionalismo ni el normativismo, según d'Agostino, son concepciones acordes con la estructura real de la sanción. El *funcionalismo* confunde, para hablar en términos kantianos, la justicia penal con la prudencia penal: la sanción es procedente no cuando es eficaz u oportuna (prudencia penal), sino cuando es justa (justicia penal). Lo contrario, esto es, absolutizar el aspecto funcional de la pena, supone hacer violencia a su intrínseca estructura jurídica.

El *normativismo* kelseniano concibe la sanción como la consecuencia formal de un acto que se califica como ilícito, no por ser en sí antijurídico, sino por llevar aparejada tal sanción, de manera que la estructura de la norma sancionatoria —que es para Kelsen la única y verdadera norma jurídica— sería la siguiente: si es A, debe ser B. El autor hace frente a esta tesis por varios flancos, entre los cuales destacaremos dos:

1. La estructura "si A, debe ser B" que, según Kelsen caracteriza a toda norma sancionatoria, no es exclusiva de ellas. La norma "quien tiene un ingreso A, debe pagar un impuesto B" posee tal estructura, y no puede, a pesar de ello, calificarse como sancionatoria, salvo que los impuestos se consideren sanciones.

2. No es admisible un concepto formal de ilícito: no se es culpable por ser sancionado, sino que se es sancionado por ser culpable. Toda sanción presupone un acto antijurídico.

En el capítulo II, d'Agostino analiza la sugestiva tesis de Durkheim, según la cual en la sociedad primitiva el Derecho predominante era el Derecho represivo –que sancionaba la diferenciación social, en beneficio de la homogeneidad del grupo– mientras que en la sociedad orgánica adquiriría primacía el Derecho cooperativo –que consideraría criminal la violación de la palabra dada y la alteración maliciosa de los mecanismos que reglamentan la división del trabajo social–. La crítica del autor a Durkheim gira en torno a la siguiente idea: para d'Agostino, Durkheim no ha comprendido la profunda unidad de la lógica del Derecho y la ha fragmentado indebidamente en dos lógicas diversas. El paso de una a otra sociedad no ha de entenderse como el paso de un modelo represivo a un modelo cooperativo del Derecho, sino como el paso de un primado del vínculo jurídico sobre el vínculo político.

Resulta interesante –y audaz– la referencia del autor a los fundamentos filosóficos y teológicos de la sanción penal (cap. III). Tras hablar del infierno como pena y de la relación entre justicia y misericordia, se detiene en considerar la necesidad de dar una respuesta –cualquiera que sea– al mal. La universalidad de esta exigencia ha sido expresada desde Anaximandro en términos de simetría: el mal es toda violación de la simetría, que debe ser sancionada porque se ha de restablecer el equilibrio del ser. Tal violación de la simetría interesa al Derecho en su dimensión de la injusta alteración de la intersubjetividad relacional por la voluntad de un sujeto. La sanción, como respuesta al mal introducido en el mundo por la voluntad de una persona se dirige, por ello, a la dimensión más íntima del reo, a su voluntad, para costrefirla a no querer: en esto consiste el mal de la pena, que es el máximo mal que el hombre puede experimentar como ser social. Pero es, a la vez, el máximo bien, por cuanto la pena intenta modificar la identidad malvada del reo. Aquí radica el sentido de aquellas mal entendidas palabras de Hegel, según las cuales, la pena es un verdadero derecho del reo. Ello supone considerar que en cuanto hombre el reo tiene derecho a que su voluntad no sea considerada por siempre en el mal, sino que sea tomada por recuperable para la coexistencia social. Todo hombre tiene derecho a reconquistar la inocencia.

¿Existe alguna forma distinta a la sanción, para negar el mal cometido por el hombre? La respuesta es afirmativa: el perdón y la misericordia. Pero no hay que entender que justicia y misericordia van por caminos separados. En palabras de Tomás de Aquino, justicia sin misericordia es crueldad; la misericordia sin justicia es madre de la disolución.

En el capítulo IV del libro se hace una defensa del retribucionismo como única teoría que justifica jurídicamente la pena. Ni la prevención, ni la intimidación ni la enmienda pueden dar razón de la objetiva dimensión punitiva de la pena. La difusión de las teorías no jurídicas de la sanción penal obedece, según d'Agostino, a la reducción de la ciencia jurídica a mero saber técnico. Es innegable que la pena tiene un fuerte carácter de intimidación pero su finalidad primaria es penar según justicia, o mejor, penar a secas, porque una punición injusta no es tal punición, sino un acto de violencia. La pena como retribución no supone infligir al reo el mismo sufrimiento material que infirió a su víctima, sino hacer retroceder su voluntad criminal a la medida coexistencial.

Con la pena lo que se busca no es la conversión interior del reo sino su regeneración jurídica, esto es, la reincorporación del sujeto a la lógica de la coexistencia.

¿Por qué penar? La respuesta a este interrogante, para el autor, es inescindible de la consideración del hombre como ser libre y responsable. La pena es el correlato necesario de la responsabilidad; la responsabilidad es el correlato necesario de la libertad y la libertad es el rasgo característico del ser del hombre como ser social, como ser en relación. La libertad humana no es absoluta sino que está llamada a responder de sus actos, de manera no es posible no responder a un abuso de la libertad porque es la misma libertad la que pretende tal respuesta.

Penar se presenta como un deber para el Estado que ostenta el monopolio de la punición, lo cual no ha de verse como un reforzamiento del poder del Estado frente a los ciudadanos, sino como la mejor técnica para garantizar la subsistencia del sistema de libertad. Que la pena no sea vista en función del Estado sino que éste sea visto en función de la pena es importante para comprender la presencia de la sanción penal en el ordenamiento canónico, presencia que en esta época de estatismo triunfante ha sido considerada con estupor.

Finaliza el libro de d'Agostino con una consideración del problema del homicidio y la legítima defensa. Tras resaltar el "horror metafísico" que el hombre siente por el homicidio, plantea el difícil problema de la legítima defensa: ¿es ésta un verdadero derecho a matar al injusto agresor? La respuesta al interrogante parece seguir abierta.

*José Luis Bazán*